

Mesa Redonda. Posibilidades jurídicas y perspectivas de futuro del sistema de Concierto en la Unión Europea*

(Round Table. Juridical possibilities and future perspectives reference to the settlement system in the European Union)

Moderador:

Falcón y Tella, Ramón (Universidad Complutense de Madrid)

Participantes:

Araujo, Marcos (Garrigues & Andersen. José Abascal, 45. 28003 Madrid); Creus, Antonio (Cuatrecasas. Velázquez, 63. 28001 Madrid); Fichera, Franco (Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa. Corso Vittorio Emanuele 292. 80135 Napoli); López Rodríguez, Juan (Comisión Europea. Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. Wetstraat 200, B-1049 Bruselas)

BIBLID [1138-8552 (2002), 18; 297-306]

La interpretación del Abogado General del Tribunal de Luxemburgo que calificó la mera diferencia de tributación entre los territorios forales y el Estado como constitutiva de una ayuda estatal es inaceptable. Hay que acostumbrarse a tener problemas con Bruselas y discutir las cosas caso por caso, pero no en base a interpretaciones generales como la mencionada. Las interpretaciones que vienen manteniendo las instituciones europeas son desproporcionadamente restrictivas.

Palabras Clave: Directiva. Armonización. Competencia fiscal. Ayudas de Estado. Comisión.

Luxenburgoko Auzitegiko Abokatu Nagusiaren interpretazioa, foru lurraldeen eta Estatuaren arteko zerga-ordainketaren desberdintasun soila estatu laguntzat hartzen duena, onartezina da. Bruselarekin arazoak izaten ohitu behar dugu, bai eta gauzak banan-banan eztabaidatzen ere, baina ez aipaturiko horren antzeko interpretazio orokorretan oinarriturik. Europako erakunde-ek eman ohi dituzten interpretazioak neurriz kanpoko murriztaileak gertatzen dira.

Giltza-Hitzak: Araubidea. Harmonizazioa. Aginpide fiskala. Estatu laguntzak. Batzordea.

L'interprétation de l'Avocat Général du Tribunal de Luxembourg, qui qualifie la simple différence d'imposition entre les territoires "forales" et l'Etat comme constitutive d'une aide de l'Etat, est inacceptable. Il faut s'habituer à avoir des problèmes avec Bruxelles et discuter des choses cas par cas, mais non sur la base d'interprétations générales comme celle que nous avons mentionné. Les interprétations que maintiennent les institutions européennes sont disproportionnellement restrictives.

Mots Clés: Directive. Harmonisation. Concurrence fiscale. Aides de l'Etat. Commission.

* Transcripción.

Ramón Falcón y Tella

En primer lugar, quisiera agradecer a la Sociedad de Estudios Vascos su invitación para participar en esta mesa redonda.

Entrando en la materia, quisiera realizar unas breves reflexiones. Tomando como referencia la normativa comunitaria, y cuando está en juego la competencia normativa, si hay dos soluciones para evitar la contradicción con el derecho comunitario, y una vulnera la Constitución y el Concierto, y otra no, habrá que adoptar la segunda. Es decir, si hay problemas de discriminación de no residentes porque se les cobra de más, como consecuencia de la aplicación de la norma del Estado, es el Estado el que tiene que corregir esa norma y tiene que devolver; o más bien lo que tiene que hacer es no cobrar. Una manera de hacerlo, por la que se ha optado, es dar la competencia al País Vasco para que se aplique la normativa vasca. El Estado ha reconocido que tenía que devolver; en la Ley de presupuestos del 94 se puso esa cláusula de que el Estado devolvería. Piensen ustedes que además esto se plantea ahora para todas las comunidades autónomas. Hemos hablado de diferencias de tipos, bueno, creo que algún territorio histórico tiene un tipo más elevado para los empresarios personas físicas —y no olvidemos que en territorio común todas las Comunidades Autónomas pueden modificar la tarifa del IRPF también para los empresarios—, entonces si Andalucía baja la tarifa de IRPF para los empresarios, ¿es una ayuda de Estado, no vale tampoco la Ley de cesión? El Impuesto de Actividades Económicas, que puede variar de un municipio a otro, ¿si varía, no vulnera la libertad de competencia?

Ahí tenemos una serie de problemas que deben de resolverse, pero que en caso de que se vulnere la libertad de establecimiento la consecuencia es que el Estado, que aplica a los no residentes un impuesto superior; tiene que devolver y evitar para el futuro cobrar ese impuesto superior:

Y finalmente está el tema de las ayudas. Yo no voy a entrar en los expedientes concretos, hay que acostumbrarse a que cada vez que hay una administración hay un problema; las administraciones resuelven muchos problemas, pero es evidente que cualquier persona que tenga una experiencia profesional en materia contenciosa sabe también que la administración, siendo un mal necesario, genera muchos problemas. Ahora tenemos una burocracia en Bruselas que genera problemas, como la burocracia de Madrid y como quizás las Haciendas forales, aunque tienen fama de adoptar posturas no tan agresivas como las que se adoptan en el Estado, pero supongo que a muchas empresas les causan problemas sin necesidad del derecho comunitario, únicamente con los propios impuestos forales. E incluso me imagino que muchas empresas recurren a los tribunales y ganan recursos contra las administraciones forales. Pues ahora hay otra administración en Bruselas que hará lo mismo que hace cualquier administración: solucionar muchas cosas y causar problemas a muchas empresas, y hay que defenderse de esa administración como se defiende uno de cualquier otro, con los tribunales de justicia.

Es cierto que la Comisión, hasta ahora, ha planteado el problema de las ayudas por diferencias sectoriales dentro del propio sistema de los territorios históricos, no por la diferencia en las decisiones por lo menos, no por la diferencia entre los territorios históricos y el régimen común. Pero sí se planteó en la cuestión prejudicial, no en una decisión, y la postura que mantuvo en la fase escrita y sobre todo en la audiencia oral la Comisión de las Comunidades Europeas, y un poco en las conclusiones del Abogado General Saggio van por esa línea: que la mera diferencia supone una ayuda de Estado regional. A mí esto me parece inaceptable, porque atenta al Concierto no en cuanto a titularidad de las sumas recaudadas sino en cuanto sistema normativo propio, en cuanto que una parte de los tributos, los directos, son de normativa autónoma. Porque me parece que si se interpretase así no sólo el Concierto no sería viable, sino que no sería viable casi nada, por ejemplo el sistema de cesión de tributos que tenemos ahora.

Tampoco hay que decir lo contrario: que cualquier norma sin más no es una ayuda de Estado, que queda excluida de ser ayuda de Estado por el hecho de emanar de los territorios históricos. Hay que acostumbrares a tener problemas con Bruselas como los tienen todos los Estados, se podrá discutir caso por caso, pero lo que no se puede admitir es el principio de que cualquier diferencia normativa, aunque se extienda a todos los territorios históricos, puede suponer una ayuda de Estado. Yo creo que no se ha dicho así nunca. Las ayudas de Estado en el Tratado son sobre todo subvenciones, es cierto que hay una jurisprudencia muy clara (como ha dicho el profesor Fichera), y ya muy reiterada que dice que si limitamos la prohibición de ayudas a las subvenciones, los Estados disfrazarían las subvenciones a través de una exención. Por esa razón el concepto de ayudas se ha ido ensanchando para incluir medidas que en la práctica tienen un efecto económico igual que una subvención como es el caso de una exención, de una reducción, de un aplazamiento en condiciones especialmente favorables, etc. Ese tipo de medidas pueden ser una ayuda de Estado, es cuestión de ponderar caso por caso. Pensemos una cosa: si una ayuda se da por el Estado a todos, si un Estado que pudiera diera una subvención a todas las empresas sería una ayuda de Estado y estaría prohibida —las ayudas de Estado aunque sean generales están todas prohibidas—, entonces ¿por qué hay esa jurisprudencia que dice que las medidas tributarias de carácter general no son ayudas de Estado? Porque si llevamos la prohibición de ayuda a tales extremos que cualquier diferencia a favor de unas empresas de una región es una ayuda, entonces tenemos garantizada la absoluta uniformidad en el ámbito europeo, y entonces habría que plantear el mismo problema comparando Estados distintos, como Francia e Italia.

Ciertamente la coexistencia de sistemas tributarios distintos afecta a la competencia y afecta a los intercambios, lo que pasa es que el Tratado prevé otro procedimiento, la armonización, y no el de ayudas. Y no está dicho, al menos en relación con el País Vasco. Con otros Estados la situación es distinta. Hay un principio que se llama “de autonomía institucional y procedimental” que dice que la pertenencia a las comunidades no altera el reparto de competencias internas. Yo creo que España, en términos estricta-

mente jurídicos, cuando entró en las Comunidades Europeas entró con cinco Estados independientes en lo tributario, que son los tres territorios históricos, Navarra y el resto del territorio común. El que haya diferencias normativas no puede implicar automáticamente una decisión de la Comisión. Este es un tema que está abierto.

Antonio Creus

Quería hacer unas puntualizaciones al profesor Fichera, que quizás sean necesarias. Una es que usted ha dicho que si hay ahorro fiscal toda la inversión acaba ahí. Si esto fuera cierto, el sur de Italia y el sur de España serían las zonas más industrializadas del mundo porque según las reglas comunitarias se les permiten las subvenciones incluso al funcionamiento, es decir que una empresa en funcionamiento puede percibir subvenciones dentro de unos límites en el sur de Italia o en el sur de España. Esto plantea para mí una cierta duda.

En cuanto a la sentencia que ha citado del año 87, Comisión contra Alemania, creo lo ha solucionado el profesor Falcón. No es lo mismo que el Estado centralizado ceda unos ciertos poderes a los länder y estos lo ejerzan, a la situación de los territorios históricos y de Navarra que tienen una condición original; por decirlo de otra manera, el Gobierno central de territorio común no puede imponer o gravar nada de forma directa en esta zona. Hay una situación atípica dentro de lo que es la Unión Europea.

En el tema de Daewoo y Ramondin, no se acogieron más que al régimen de derogaciones generales, no hay más que una ayuda dentro del marco del programa del Gobierno Vasco, Ekimen, pero no hay ninguna derogación específica para estas empresas, es decir se enmarcan dentro de los incentivos generales disponibles a toda otra empresa que hubiera reunido aquellos requisitos.

Y luego hay un punto que a mí me toca, la subsidiariedad. Indicaba el profesor Fichera que hay una subsidiariedad en la medida que la Comunidad no tenga competencias. Para ser precisos, el artículo dice que no tenga competencias "exclusivas", y por tanto no está claro que la Comisión tenga competencias exclusivas en este sector. Porque todo este debate surge precisamente cuando aplicamos las normas de conveniencia generales, y quien más las ha venido aplicando es la Comisión.

Hay una cuestión que también lo complica. No es fácil de entender desde fuera la situación de los territorios forales. Pero creo que la Comisión lo va entendiendo, la relación que se ha ido generando desde Daewoo ha hecho que vaya entendiendo y ya en los últimos escritos se cuestiona menos de lo que se cuestionaba al principio. Y quizás es por esto que ya no cuestionan el diferencial de los tipos con España, porque ya admiten que hay una situación distinta, y la van entendiendo. Este es un caso peculiar, atípico, y donde la situación de los territorios históricos no coincide para nada con la jurispru-

dencia comunitaria hasta ahora. Si dentro de un territorio histórico, las Juntas generales dieran un trato de favor a una empresa o a un sector, aquello sería ayuda de Estado y aquello podría claramente ser condenado.

No olvidemos que las reglas se aplican a situaciones determinadas e iguales, y el principio de igualdad nos obliga a que a situaciones distintas no apliquemos reglas iguales sino otras distintas, porque si no lo infringimos.

Marcos Araujo

Sólo quisiera decir dos cosas. La exposición del profesor Fichera tiene un enorme mérito que es que todos seamos conscientes de la perspectiva que puedan tener desde el otro lado de la mesa. Yo me quiero centrar sobre la última parte de la intervención del profesor Fichera, sobre la necesidad o la conveniencia de encontrar soluciones prácticas. Podemos defender el Fuero, defender el principio, hacer bandera de que el tema de la especificidad nacional no se entiende, o podemos intentar encontrar soluciones prácticas sin renunciar en absoluto a los temas de fondo. Y no sé si en un escenario donde tenemos unas diputaciones, un Gobierno vasco, un Gobierno central que recurre determinadas normas de las diputaciones y que en teoría no habla con Bruselas, pero cualquiera de nosotros que ha estado en Bruselas ya ha entendido las reglas del juego, como interacciona la Comisión a través de los gabinetes con los gobiernos de los Estados miembros y con el Tribunal de Justicia, pues realmente estamos en un escenario donde realmente no vamos por el mejor camino, probablemente si solucionáramos los temas de uno en uno, en vez de plantear las cuestiones grandes, las cuestiones de principio, podríamos pensar en ir corrigiendo alguna cosa.

Me refiero por ejemplo, a la impugnación del tipo de impuestos de sociedades: si desde Bruselas se ve que dentro de España el régimen de Concierto no funciona porque es cuestionado por los operadores que lealmente tendrían que convivir dentro de él, ¿cómo le podemos pedir a las instituciones comunitarias que acepten un sistema de diferencia? Por ahí deberíamos trabajar todos.

Juan López Rodríguez

Yo quería hacer un comentario en dos líneas, evidentemente relacionadas entre sí, pero de dos temas diferentes. Uno, dar una opinión sobre un tema que está sobre la mesa, y el otro sacar una cuestión que ha surgido a lo largo de la mañana.

Mi primer comentario es sobre la especificidad de la medida, y es quizá un comentario crítico con las conclusiones del Abogado General Saggio. Yo tuve la suerte de vivir las discusiones sobre la comunicación de la Comisión relativa a la extensión del concepto de ayuda de Estado al ámbito fiscal, y en las reuniones de Bruselas intentábamos trasladar el estado de situación de la distribu-

ción de las potestades tributarias en el Estado español, un tema que cuesta mucho trabajo entender. La sentencia yo la encuentro un poco coja en este preciso detalle; la sentencia analiza el tema de la especificidad y creo que se olvida un detalle bastante importante, que también se olvida en la propia comunicación de la Comisión, y es resolver la cuestión de que si algo es específico lo será respecto de algo, y las conclusiones del abogado general no dice que esa medida sea específica respecto a un sistema jurídico concreto y se va simplemente al hecho de que la medida se aplica a un conjunto de residentes en el País Vasco, pero se olvida encontrar cuál es el vínculo jurídico y la norma jurídica específica respecto de otra. No sé si aquello fue intencionado o no, porque si hubiera analizado con más detalles la cuestión posiblemente se hubiera encontrado con que la situación es diferente, porque la especificidad de las vacaciones fiscales tendrían que haberse comparado con las propias normas forales y eso es algo que la sentencia no hace.

Es decir, cuando uno analiza cualquier problema de ayuda de Estado se encuentra con que el punto de referencia de una determinada norma concreta es el marco general dentro del cual debe incardinarse aquella norma. Y es un problema que se encontraba también a la hora de elaborar el código de conducta: ¿cuándo una medida fiscal se considera perniciosa? Cuando es una presión fiscal efectiva inferior respecto del propio sistema fiscal nacional donde se incardina la medida. Eso es consecuencia de que la fiscalidad no está armonizada a nivel comunitario.

Ligo esto con la segunda reflexión que quería hacer sobre el tema de la armonización fiscal y las ayudas de Estado. Se ha comentado de manera expresa o de manera más tácita, que da la impresión de que la Comisión sigue una determinada política ante el fracaso de sus iniciativas de armonización. Habría que mirar las cosas con mayor detalle. Las ayudas de Estado en la medida que obligan a comparar una determinada medida especial con un marco general dentro de un propio sistema, no llevan nunca a una armonización a nivel comunitario, lleva a eliminar una norma especial respecto de una misma norma general pero dentro de un determinado sistema, y se sigue reconociendo la existencia de diversos sistemas en el ámbito comunitario.

Pero, sobre todo, si analizamos cuales han sido las propuestas de armonización fiscal en el ámbito de la fiscalidad directa nos encontramos con que en realidad la Comisión, si bien ha trabajado mucho y ha reflexionado mucho en sus papeles, en sus informes, en cuanto a propuestas concretas de armonización en el ámbito de la fiscalidad directa, nos encontramos con que sus iniciativas han sido siempre parciales, han ido a resolver problemas muy específicos, muy concretos de operaciones de tipo transnacional. Pero nunca se ha puesto sobre la mesa una directiva o una propuesta de norma comunitaria con una visión tan amplia como ha podido suceder en el ámbito de la fiscalidad indirecta.

Con esto quiero trasladarles un poco la idea de que hay que distinguir claramente la política que la Comisión ha llevado en materia de ayudas de

Estado, extendiendo el concepto de ayudas de Estado al ámbito fiscal, de las políticas dirigidas a armonizar la fiscalidad directa de las empresas. Como anécdota les contaré que hace poco la Dirección General de la Competencia ha estudiado una determinada operación de fusión transnacional y consideraba que como consecuencia de la aplicación de determinadas normas fiscales se estaba produciendo la concesión de una ayuda de Estado. Pero, para nuestra sorpresa, la Dirección General de Fiscalidad trasladaba la duda a la Comisión como consecuencia de la aplicación de la directiva fiscal de fusiones. Hay que entender que hay que deslindar estos dos campos, en cuanto al desarrollo de políticas tributarias, sin perjuicio de que tiene, evidentemente, sus entresijos y sus relaciones.

Un participante

Al profesor Fichera quería preguntarle si conoce usted que, al poner como uno de los requisitos para poner en entredicho las normas forales el hecho de que sean de aplicación territorial, si conoce o es conocido el hecho de que no depende la aplicación de la norma ni siquiera del domicilio de la empresa, y que incluso los cinco territorios con capacidad normativa pueden estar obligados a aplicar la norma que ha dictado otro territorio, o lo que se llama volumen de negocios. Es decir, si una empresa de normativa vasca tiene que aplicar los incentivos, y tiene que ingresar el 30 % de su recaudación en el territorio común, en el territorio central, éste aplica también esa normativa foral, con lo cual la regionalidad queda en entredicho. Del mismo modo, si una empresa con normativa común central, incluso con domicilio en territorio vasco, tiene que aplicar la normativa común, entonces serán las propias diputaciones las que tengan que aplicar una norma que no es propia.

Y la pregunta es: si el territorio común, el que no es foral, aplicara unas normativas semejantes a las vascas, por ser consecuente, ¿habría que aplicar también la normativa comunitaria de ayudas de Estado a esas normas aplicables en territorio común, que tiene al día de hoy una presión fiscal inferior a la vasca?

Ramón Falcón y Tella

Si me permites, Franco. La idea general en todos los Estados, menos en España, en materia fiscal, es que se piensa que la norma del Estado es la general, la normal; pero hay otros territorios (como el Mezzogiorno italiano o las islas Canarias) cuyo caso es distinto del País Vasco pues están bajo el régimen del Estado.

Franco Fichera

El País Vasco no puede ser considerado como un Estado. Desde el punto de vista de la normativa de ayudas de Estado, dado que el País Vasco

pertenece a un Estado, las normas que apruebe reduciendo el nivel de gravamen suponen una excepción respecto a la norma general, que es la que ha aprobado el Estado español.

Es absolutamente incuestionable que los territorios forales que conforman el País Vasco poseen una autonomía normativa y que pueden decidir y aprobar la normativa tributaria que estimen oportuna. Pero la adhesión de España a la Unión Europea, implica la aceptación y la existencia de una normativa europea. Es decir, la aceptación de otro ordenamiento jurídico con sus propias competencias. Existe un nivel superior que es nivel de la Unión Europea, después existe un nivel inferior estatal y, por último, un nivel inferior regional.

El argumento de que los territorios que conformen el País Vasco poseen unos derechos originarios y una autonomía normativa tributaria no es válido desde el punto de vista comunitario. En toda la Unión pueden existir numerosas diferencias regionales e, incluso, los Estados podrían crear diferencias regionales. Todas las regiones de los Estados de la Unión pueden tener una justificación histórica y siguiendo este mismo razonamiento se podrían crear y justificar muchos sistemas regionales que implicaran una diferenciación en el ámbito tributario. Desde una perspectiva europea, la situación es que si la Unión Europea acepta y concede este reconocimiento al País Vasco, Italia puede hacer lo mismo, concede autonomía fiscal a las regiones y cada una podrá diferenciar los tratamientos fiscales de los sujetos pasivos de su región. Así, estaríamos atacando el principio del mercado común y el principio de la libre competencia.

Debemos equilibrar principios diversos y no se puede priorizar sólo una cosa. Existen diversas exigencias y sobre todo debemos tener en cuenta las reacciones de los otros. Si una región italiana o alemana puede reducir el impuesto sobre sociedades como el País Vasco se estará atacando el principio de la libre competencia. Las empresas irán donde existe menor gravamen. A las empresas no les interesan los derechos históricos de las regiones, ellas van donde existe un menor gravamen fiscal.

Las instituciones europeas no están prejuzgando ni poniendo en cuestión la autonomía tributaria del País Vasco. A la Unión Europea no le interesa esto, únicamente se está aplicando el Tratado, según el cual estas diferencias de gravamen regionales constituyen una ayuda de estado.

Antonio Creus

El profesor Fichera tiene toda la razón, no se puede tolerar en un mercado común que haya concesiones fiscales que se saltan la norma regular del ordenamiento supraestatal. Se nos dice que no puede haber ayudas estatales. Y es claro que Italia, por mucha historia que pueda tener el Alto Adigio, no le puede dar una "concesión", que es la palabra correcta.

Segunda cuestión, evidentemente no estamos hablando de historia sino de un tema jurídico, de derechos. La diferencia es que tenemos que conse-

guir que se comprenda la diferencia entre la concesión y la situación de los derechos originarios de los territorios históricos forales, y esto no se ha hecho con posterioridad a la adhesión al Mercado común sino que es anterior. No se cuestiona la situación, pero no se acaba de entender. Uno de los objetivos principales es poder aclarar que no hay concesión alguna: concesión podrá darse en Alemania, pero la situación de aquí no se puede dar, hoy, en ningún otro lugar de la Comunidad.

Ramón Falcón y Tella

Creo que el profesor Fichera está en minoría en la mesa y en la sala. Me gustaría completar lo dicho con un argumento que no recurre a los derechos históricos. Un país puede dar autonomía, y puede dividirse y entonces cada país resultante de la división, si permanecen en la Unión Europea, pueden tener regímenes tributarios distintos. ¿O es que es necesario estar dividido políticamente, entero, un país para tener un sistema tributario distinto? Yo creo que no, eso no lo impone el Tratado. Porque llevadas las tesis de la Comisión a sus últimas consecuencias, habría una norma implícita según la cual para tener sistemas tributarios distintos habría que ser un Estado distinto. Esa norma no existe.

Pero también me gustaría llamar la atención sobre una circunstancia: no hay “mercado único”. Frente a los distintos tipos de restricciones, el Tratado ha previsto distintos mecanismos de reacción. Primero se habló de Mercado Común, al comienzo de las Comunidades, pero había fronteras fiscales entre Estados miembros, no para pagar aduanas, pero había un control físico de mercancías a efectos de IVA e impuestos especiales. En el 93 se ha cambiado, y el nuevo paso es llamarle “Mercado Interior” (porque el “Común” no lo era de verdad). E iremos cambiándole el nombre a medida que vayamos avanzando, pero todavía no hemos llegado al estado final de un mercado único. Sí lo hay probablemente entre el País Vasco y España, porque verdaderamente hay una coordinación perfecta. Piensen ustedes en el IVA, donde no ha habido problemas prácticos, hay recursos sistemáticos del Gobierno que sistemáticamente pierde ante los tribunales. No hay una enorme distorsión en la aplicación de las normas forales.

El sistema que rige las relaciones del territorio común con los territorios forales es el sistema definitivo que está proponiendo la Comunidad europea; nosotros tenemos lo que en Europa no se ha logrado, porque en Europa para solucionar los problemas fiscales se exige unanimidad. Y en este sentido, aun reconociendo que haya problemas fiscales, hay que defender que mientras no haya una absoluta unanimidad para la uniformidad fiscal, no se puede obligar a los Estados miembros a tener un régimen uniforme dentro del propio Estado; la norma prohíbe dar subvenciones y cosas que supongan una subvención encubierta, pero llevar eso al extremo de decir que cualquier mínima diferencia que haya dentro del Estado es una ayuda o una subvención es algo exagerado.

Otro participante

Cambiando de tercio, quisiera que el señor Araujo profundizara en la aplicación del principio de confianza legítima de que habló por la mañana, y sobre qué ámbito o qué abanico de discrecionalidad tiene la Comisión en la aplicación de este principio.

Marcos Araujo

El principio de confianza legítima, por recordar un poco lo que hablábamos, juega su papel cuando la Comisión dicta una orden de devolución de ayudas que se consideran ilegales e incompatibles con el Mercado Común. La Comisión sólo puede dictar esa orden cuando se encuentra ante una ayuda que a la vez es ilegal e incompatible con el Mercado Común, no basta la mera ilegalidad ni la mera incompatibilidad para exigir la devolución, se trata de una ayuda que se ha concedido y se ha entregado sin notificación previa, y que además se juzga como atentatoria contra la competencia y contraria al artículo 87.

¿Qué discreción tiene la Comisión para exigir esa devolución y cuándo debe valorar el principio de confianza legítima? Sobre esta cuestión el reglamento de procedimiento del Consejo es muy claro: la Comisión no tiene discrecionalidad, debe exigir siempre la recuperación, y debe exigirla completamente con el único límite de los diez años de prescripción que contiene el reglamento, que además no es el mismo plazo que tenemos en las legislaciones nacionales y que sin duda va a crear problemas, y el Estado miembro está obligado a cumplir la decisión de la Comisión porque es un vehículo jurídico obligatorio.

Sin embargo, nos encontramos con casos en los que no se ha exigido la devolución. La defensa está en el principio de confianza legítima. Un principio que ha sido reconocido en la jurisprudencia del tribunal como una defensa no válida respecto a medidas estatales pero sí frente a medidas de las instituciones comunitarias. Me explico. Cuando son las propias instituciones comunitarias las que han creado en los operadores económicos la expectativa legítima de que esas ayudas eran legales o válidas, la Comisión debe respetar ese principio y no exigir la devolución. Esto parece que la Comisión ha hecho en su decisión sobre las deducciones a la importación, y es un poco también lo que dice la decisión de la Comisión en el caso irlandés.